

---

# SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

---

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales und europäisches Recht  
Revue suisse de droit international et européen

---

# SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

---

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales und europäisches Recht  
Revue suisse de droit international et européen

ISSN 1019-0406      www.sriel.ch

The Review is published quarterly by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für internationales Recht / Société suisse de droit international – [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch) and [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

#### BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law); Managing Editor: Dr. Lorenz Langer

#### SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the Managing Editor ([Lorenz.Langer@sriel.ch](mailto:Lorenz.Langer@sriel.ch)). Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at [www.sriel.ch](http://www.sriel.ch). French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak Glassey.

#### PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich, Internet: [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)  
Managing Publisher: Firas Kharrat  
Product Manager Journals: Christian Hillig

#### CUSTOMER SERVICE

E-Mail: [service@schulthess.com](mailto:service@schulthess.com)  
Tel. +41 44 200 29 29  
Fax +41 44 200 29 28  
Anschrift: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich

#### SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 250  
Annual preferential subscription: for members of the Swiss Society of International Law CHF 242  
Single issue: CHF 74, plus postage  
All subscription prices incl. 2.5% VAT, plus postage: CHF 8 in Switzerland (Postage Abroad: CHF 43).  
Vorzugspreis gegen Vorlage eines gültigen Nachweises. Subscriptions are automatically extended each year unless notice of cancellation is received from the subscriber prior to 8 weeks in advance of the subscription period.

#### ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Herr Pietro Stuck, Seestrasse 86, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 44 928 56 11,  
E-Mail: [pietro.stuck@zs-werbeag.ch](mailto:pietro.stuck@zs-werbeag.ch)

#### COPYRIGHT

This Review, including all individual contributions published therein, is legally protected by copyright for the duration of the copyright period. Any use, exploitation or commercialization without the publishers' consent, is illegal and liable to criminal prosecution. This applies in particular to photostat reproduction, copying, cyclostyling, mimeographing or duplication of any kind, translating, preparation of microfilms, and electronic data processing and storage.

#### FREQUENCY

The Review is published quarterly, volume 29

#### CITATION

29 SRIEL (2019) p. 1

#### INTERNET

[www.sriel.ch](http://www.sriel.ch)  
The Review is also available online at [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)

ISSN 1019-0406

---

## TABLE OF CONTENTS

---

### SVIR-TAGUNG 2018

Handelspolitische Autonomie der Schweiz? (Tilmann Altwicker & Matthias Oesch).....	147
Handelspolitische Schutzmassnahmen der EU und der Schweiz: Grundlagen, Praxis, Abhängigkeiten (Matthias Oesch) .....	151
WTO-Recht und regionale Integration (Nicolas F. Diebold & Anne-Cathrine Tanner) .....	173
Der Strukturwandel des Aussenwirtschaftsrechts (Thomas Cottier) .....	203
Brexit und die Schweiz: «Mind the Gap» (Astrid Epiney) .....	231
Handelspolitische Autonomie der Schweiz? Freihandelstrategien der Schweiz und der EU im Vergleich (Michael Hahn) .....	267

### RECENT PRACTICE

Spruchpraxis zum EU-Wettbewerbsrecht (2018/2019) (Jürg Borer) .....	285
Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille (Andreas Bucher) .....	303

### DOCTORAL & POST-DOCTORAL THESES

Rechtskultur der Humanität: Eine Untersuchung der innerstaatlichen Umsetzungspflichten des humanitären Völkerrechts am Beispiel der Schweiz (Ömer Keskin).....	329
--	-----



# Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille

Andreas Bucher\*

## Table des matières

- I. Mariage – Prévoyance professionnelle en cas de divorce
- II. Divorce – Obligation alimentaire entre ex-époux
- III. Mariage annulé à l'étranger – Effets en Suisse
- IV. Enlèvement d'enfant
- V. Arrêts en bref

## I. Mariage – Prévoyance professionnelle en cas de divorce

Jugement français de divorce statuant sur la prestation compensatoire – Prise en compte de l'expectative résultant de la prévoyance professionnelle accumulée par le mari en Suisse – Reconnaissance du jugement en Suisse – Droit transitoire confirmant la non-rétroactivité du nouveau droit entré en vigueur en 2017

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 18 décembre 2018, 5A\_841/2017 – ATF 145 III 109

C'est la première pierre de l'édifice qu'il faudra construire pour s'en sortir correctement de la révision malheureuse de l'an 2015, imposant l'application impérative du droit suisse au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, assortie de la compétence exclusive des tribunaux suisses. La rigidité ainsi consacrée implique qu'à l'occasion d'un divorce en Suisse, les prestations à obtenir d'une institution étrangère de prévoyance sont partagées selon le droit suisse (sans savoir si cela est reconnu à l'étranger), tandis qu'une décision étrangère réglant la division des avoirs dans une caisse suisse n'est pas reconnue, obligeant l'époux créancier à entamer en Suisse une double procédure, en complément de divorce, suivi du règlement final de la part du tribunal des assurances sociales.

Le présent arrêt tranche uniquement la toute première question qui se pose, qui est d'identifier la solution applicable en termes de droit transitoire. Du fait de l'exclusivité de la compétence suisse (art. 64 al. 1<sup>bis</sup> LDIP), un jugement étranger de divorce est toujours lacunaire en présence d'avoirs de prévoyance en Suisse, qu'il règle ou non la question (c. 4.3). Encore faut-il que ce refus se matérialise en l'espèce, s'agissant

\* Professeur honoraire, Université de Genève, Membre de l'Institut de droit international.

d'un jugement français de divorce rendu le 19 janvier 2015, dont la procédure en complètement, engagée par la femme divorcée et visant le partage de la prévoyance de son ex-mari en Suisse, était encore en cours lorsque la réforme du droit suisse est entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2017. Le jugement français ayant été rendu avant cette date, il aurait en principe pu être reconnu en Suisse dans la mesure où le partage de la prévoyance adopté était compatible avec ce qui résultait du droit suisse (c. 4.5.1). La question litigieuse se résumait dès lors à la question de savoir si le nouveau droit, hostile à la reconnaissance d'un tel jugement, devait produire l'effet rétroactif d'exclure dorénavant la reconnaissance en Suisse de tout jugement étranger en la matière, même rendu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017 (c. 4.6).

La révision de 2015 n'a pas été assortie d'une règle de droit transitoire (c. 4.4) et les travaux préparatoires n'offrent pas une réponse tant soit peu claire ; cela ne permet pas de conclure que le législateur ait songé à un effet rétroactif (c. 5.2 et 5.3). Le principe de la non-rétroactivité devait donc l'emporter au regard des règles de droit transitoire du titre final du Code civil, ce d'autant que le partage de la prévoyance ne mettait pas l'ordre public en jeu (c. 5.4 et 5.5). Au lieu de commencer tout d'abord par l'examen de règles de droit transitoire de la LDIP, l'arrêt les examine après les principes consacrés au Code civil (c. 5.6). Suivant quelques auteurs, le Tribunal fédéral comprend l'art. 199 LDIP comme une règle favorable au régime sur la reconnaissance du nouveau droit, facilitant ainsi la reconnaissance de décisions qui ne pouvaient autrefois pas être reconnues et qui faisaient l'objet d'une requête encore pendante lors de l'entrée en vigueur de la LDIP. C'était certes l'intention des auteurs de la LDIP, mais ce n'est pas ce que dit le texte de l'art. 199. Celui-ci dit simplement que les nouvelles règles s'appliquent à des requêtes portant sur des décisions rendues antérieurement, sans dire que cela ne pouvait s'appliquer qu'aux cas où ces règles étaient plus favorables (en ce sens, cf. le raisonnement de l'Obergericht de Zurich, présenté dans l'ATF 1.3.2018, 5A\_114/2018, c. 2, dans le contexte d'une demande d'assistance judiciaire). Le Tribunal fédéral adopte une autre lecture et conclut que la « favor recognitionis » devait l'emporter, la règle pertinente étant fournie par l'art. 196. Sur ce dernier point, le raisonnement est plus que fragile. L'art. 196 consacre certes le principe de la non-rétroactivité, mais il ne le fait que pour les actes juridiques produisant des effets au-delà de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Comment déterminer ces effets par rapport à une expectative de prévoyance accumulée pendant de longues années ? Il aurait donc été plus convaincant que la conclusion juste du Tribunal fédéral, protégeant la confiance des parties en l'application du droit pertinent au moment du jugement français, soit déduite de la volonté du législateur de ne pas consacrer un effet rétroactif et, de ce fait, adopter une règle dérogatoire au texte de l'art. 199. Car c'est bien ce raisonnement qui l'emporte (c. 5.7 à 5.9), cependant sans mentionner l'art. 199.

L'analyse détaillée de l'arrêt du Tribunal de Grande Instance de Mulhouse mène le Tribunal fédéral à la conclusion que la prétention en partage de la prévoyance suisse

de l'ex-mari avait déjà été prise en compte en France, dans le contexte du jugement sur la « prestation compensatoire » d'après le droit français. En fait, cette analyse a conduit les Juges français à renoncer à l'allocation d'une telle prestation. Celle-ci était évaluée en l'espèce en fonction d'un ensemble d'éléments du patrimoine des époux qu'il n'y a pas lieu de relater ici, le point essentiel étant que les montants à escompter en provenance du compte de prévoyance du mari y étaient inclus, et ce en ce sens que la créance envers la caisse suisse revenait au mari, l'épouse étant suffisamment rétribuée par d'autres composants du patrimoine des époux. En conséquence, il n'y avait plus de place pour une réclamation complémentaire en Suisse, qui aurait pu résulter en fait en une double compensation (c. 6.1 à 6.3). L'épouse recourante tentait d'invoquer le droit suisse sur le fondement de la clause d'exception de l'art. 15, qui aurait dû permettre de donner la préférence à la loi suisse, celle du pays dans lequel les époux avaient toujours travaillé. Le Tribunal fédéral écarte l'argument en expliquant que le jugement français avait déjà largement tenu compte de sa situation financière et n'était donc pas lacunaire (c. 6.4).

Qu'est-ce que l'on peut retenir de cet arrêt pour l'application du nouveau droit à l'avenir? Pour le Tribunal fédéral, la situation est limpide: un jugement étranger de divorce est toujours lacunaire en ce qui concerne la créance en partage de la prévoyance suisse, compte tenu de la compétence exclusive des tribunaux suisses (c. 4.3). Le jugement français de divorce ne pourra plus être reconnu en ce qu'il a statué sur le partage de la prévoyance suisse (c. 4.5.2). Ce n'est pas aussi simple. Le Tribunal fédéral méconnaît que le prononcé français sur la prestation compensatoire relève de l'entretien entre ex-conjoints. La prise en compte des expectatives résultant du partage de la prévoyance est une simple question incidente qui ne modifie pas la qualification du jugement en tant qu'allocation alimentaire. L'arrêt ignore qu'il aurait fallu appliquer la Convention de Lugano dont le champ s'étend à l'obligation alimentaire (art. 5 ch. 2). Le jugement français statuant sur la prestation compensatoire doit être reconnu en Suisse, sans que soient vérifiés ni la compétence, ni le fond, c'est-à-dire les composants de la prestation. Le fait que, pour déterminer le montant des aliments, des prestations relevant d'autres qualifications aient été prises en compte, tels les revenus provenant de la sécurité sociale ou d'une rente de droit administratif, ou des réductions d'ordre fiscal, par exemple, ne modifie en rien le fait que le solde final se résume en une prestation alimentaire. Celle-ci étant consacrée dans un jugement régi, sur ce point, par la Convention de Lugano, la question de droit transitoire que le Tribunal fédéral analyse longuement ne se posait pas.

En revanche, le principe du nouveau droit reste acquis, en ce sens que même en présence d'un jugement sur la prestation compensatoire incluant dans le calcul une part à la prévoyance suisse, la décision sur celle-ci, rendue à titre principal, relève de la compétence exclusive des tribunaux suisses. Afin d'éviter une double allocation, il convient de procéder à un ajustement tenant compte de la part y relative qui a déjà été incluse dans le prononcé français sur la prestation compensatoire (sur la base des

art. 124b ou 124e al. 1 CC, par exemple). Il en va de même lorsque le jugement étranger règle la liquidation du régime matrimonial, qu'il faut reconnaître selon les règles applicables de la LDIP (art. 58) malgré le fait qu'incidemment, il a déjà été tenu compte du résultat du règlement de la prévoyance en Suisse. Le Message du Conseil fédéral est clair sur ce point (cf. FF 2013 p. 4383).

## II. Divorce – Obligation alimentaire entre ex-époux

Jugement tchèque de divorce – Complément au sujet de l'obligation d'entretien – Mesure provisoire pour la durée du procès en Suisse – Loi applicable – Convention de La Haye de 1973

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 24 mai 2018, 5A\_481/2018 – ATF 144 III 368

L'arrêt répond à une question très ponctuelle que la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion d'approfondir. Le principe de la division de la loi applicable en vertu de la Convention de 1973, selon que les époux sont encore mariés ou non, est incontesté: pendant le mariage, la loi de la résidence habituelle de l'époux créancier s'applique, en l'espèce la loi suisse (art. 4 al. 1), tandis qu'à partir de sa dissolution, la loi régissant celle-ci l'emporte, ici la loi tchèque (art. 8). Le mariage fut dissous en République tchèque le 28 janvier 2014, sans règlement des effets accessoires. Devant le Regionalgericht Oberland du canton de Berne, l'épouse divorcée demande, entre autres, le règlement du devoir d'entretien du mari pour la période depuis novembre 2012 jusqu'au prononcé du divorce, et pour le futur compter de la date du divorce. Devant le Tribunal fédéral, le litige porte uniquement sur le règlement du second volet de ces questions à titre de mesure provisoire jusqu'au terme du procès au fond, et ce sous l'angle étroit de l'arbitraire.

Le Tribunal fédéral approuve le constat de la reconnaissance du jugement tchèque de divorce par les autorités cantonales à titre incident, en vertu de la Convention de La Haye de 1970, en précisant que l'absence de tout règlement des effets accessoires ne heurte pas l'ordre public suisse (c. 3.5). L'Obergericht de Berne avait estimé que des aliments ne pouvaient être fondés sur le divorce qu'à partir du moment où les effets accessoires du divorce étaient également réglés. En conséquence, la loi suisse devait s'appliquer en vertu de l'art. 4 al. 1 de la Convention. Le Tribunal fédéral juge ce raisonnement arbitraire, compte tenu du texte clair de l'art. 8: l'entretien postérieur au divorce est régi par cette disposition (désignant en l'espèce le droit tchèque) dès le jour de l'entrée en force du jugement de divorce, date qui correspond à celle de sa reconnaissance en Suisse; cela vaut tant pour l'allocation des prestations d'entretien que pour leur éventuelle modification (c. 3.1 à 3.3). La question litigieuse sur la loi applicable au règlement provisoire de l'entretien pendant le procès en complément entamé en Suisse reçoit la même réponse: cet entretien est la conséquence du divorce et suit dès lors le droit qui fut appliqué à celui-ci par le tribunal tchèque (c. 3.4).

### III. Mariage annulé à l'étranger – Effets en Suisse

Procédure de divorce en cours en Suisse – Epouse résidant en Suisse, mari sans résidence connue – Cas de bigamie conduisant à l'annulation du mariage par les juridictions de Rome – Effets du jugement de nullité en Suisse – Droit applicable – Convention de La Haye de 1973 – Aliments dus jusqu'au jour de la clôture de la procédure de divorce

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 23 octobre 2018, 5A\_412/2018 – ATF 145 III 36

Feu le Professeur Schnitzer se serait senti honoré de voir son Handbuch de 1957 cité dans un arrêt du Tribunal fédéral rendu 60 ans plus tard. Pour ceux qui l'ont connu, il est certain qu'il aurait eu la lucidité de comprendre que son mérite était bien maigre du fait que son avis ne pouvait réclamer l'honneur rendu par cet arrêt. En effet, le Tribunal fédéral ne semble pas avoir bien compris la réforme adoptée en 2012 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013. Après avoir cité le Message de la LDIP de 1983, l'arrêt s'approche des temps présents par la mention, entre parenthèses, de ce qui suit: « vgl. auch den heutigen Art. 45a Abs. 3 IPRG » (c. 2.3). C'est une curieuse manière d'appliquer le droit *de lege lata*, mise en évidence par une publication dans le Recueil officiel. Le droit actuel n'a pas de valeur allant au-delà d'une parenthèse; il est cité à titre de comparaison et donc sans être appliqué véritablement: du jamais vu!

Le litige portait en l'espèce sur les effets d'un mariage annulé par le Tribunale Ordinario de Rome. Le mari avait tout d'abord intenté une action en divorce devant le Bezirksgericht de Bischofszell dans le canton de Thurgovie, en 2009, tendant subsidiairement à l'annulation du mariage, avant de renverser l'ordre des demandes pour mettre la priorité sur cette annulation. Le divorce demandé sur la base d'un accord des époux fut alors reconduit sous la forme d'une action intentée par l'épouse seule. Ensuite, le mari a retiré sa demande en annulation, en 2012, et le tribunal de district d'Arbon, auquel l'affaire fut transférée, a suspendu la procédure en divorce le 18 juin 2013 dans l'attente de l'issue du procès en annulation du mariage introduit devant le tribunal de Rome. Le 20 juillet 2009, le tribunal de Bischofszell avait condamné le mari au paiement d'un entretien mensuel de frs 16700.– à son épouse pour la durée du procès – décision confirmée en appel, puis reconnue en Italie par arrêt de la Cour d'appel de Rome du 26 mars 2014. Le 16 janvier 2015, sur demande de la première épouse et de la fille issue du mariage avec la défenderesse à l'action en Suisse, dirigée contre celle-ci et son mari, le Tribunale Ordinario de Rome a déclaré nul le mariage entre les deux parties défenderesses, jugement confirmé par la Cour d'appel de Rome le 16 mars 2016. Une année plus tard, les 26/29 mai 2017, ce jugement de Rome fut reconnu par le tribunal de district d'Arbon, qui a rayé le procès en divorce du rôle, en constatant que la mesure provisoire relative à l'entretien était également devenue sans objet avec effet à la même date (*ex nunc*). Le litige porte sur ce dernier point, le mari prétendant que son obligation d'entretien devait cesser soit dès la date initiale du 20 juillet 2009 (*ex tunc*), soit le 21 mars 2015, date de l'entrée en force du jugement

du Tribunale Ordinario de Rome. Il fut éconduit par l'Obergericht de Thurgovie, statuant que le devoir d'entretien devait cesser le 24 novembre 2017 seulement (*ex nunc*), date de l'entrée en force de l'arrêt de district reconnaissant le jugement de Rome et déclarant le procès en divorce sans objet. Le Tribunal fédéral confirme.

La reconnaissance du jugement italien de nullité n'était pas contestée, ni sa date d'entrée en force, le 21 mars 2015. On aurait aimé savoir quel était le for reconnu en vertu de l'art. 45a al. 4 LDIP. Cela aurait dû être le lieu de la célébration du mariage en Italie (désigné uniquement par le lieu « U. » dans l'état de fait). Car les fors de l'art. 65, appliqué par analogie, sont pertinents uniquement si l'un des époux est le demandeur ; or, en l'espèce, les deux époux étaient défendeurs. De par sa reconnaissance, explique l'arrêt (c. 2.1), la force de chose jugée et l'effet formateur du jugement s'étendent au territoire suisse. Parmi ces effets, on ne pouvait compter la question de l'entretien dont le tribunal italien ne s'était pas occupé. Le Tribunal fédéral continue par la constatation que si l'annulation du mariage produit un effet *ex tunc*, comme si le mariage n'avait jamais existé, tel n'est pas le cas de ses effets qui sont, en droits suisse et italien, les effets d'un mariage valable jusqu'au moment de la déclaration de nullité, l'annulation produisant donc à leur égard des effets *ex nunc* (c. 2.2). Pour savoir lequel des deux droits était applicable en l'espèce, le Tribunal fédéral offre le sympathique geste de citer Schnitzer, puis encore deux auteurs plus jeunes, tout aussi sans pertinence car datant de 1997, respectivement de 2011, alors qu'il fallait commencer l'analyse par l'art. 45a LDIP, applicable depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013. Le résultat de cet examen est l'application aux effets d'un mariage nul du droit régissant le divorce. Le tribunal de Rome avait prononcé la nullité du mariage en vertu du droit italien, qui devait donc en régir les effets (c. 2.3).

Poursuivant le raisonnement à partir de là, l'arrêt explique que l'Italie a ratifié la Convention de La Haye de 1973 et que, dès lors, celle-ci était applicable à un mariage déclaré nul ou annulé. L'arrêt cite à ce propos l'art. 8 al. 2, mais sans en tirer la conclusion qui en résulte, à savoir l'application de la loi régissant la nullité du mariage, à savoir en l'espèce la loi italienne. Au contraire, l'arrêt observe qu'il s'agirait ici de l'entretien conjugal et qu'il fallait donc s'en référer à la loi de la résidence habituelle du créancier, l'épouse en l'occurrence, ce qui mène au droit suisse (c. 2.3, seconde partie).

Dans un seul considérant, le Tribunal fédéral présente ainsi trois erreurs: (1) Il n'a pas commencé son analyse par l'art. 45a LDIP, dont l'alinéa 3 aurait dû servir de base pour admettre l'analogie avec les règles de conflit sur les effets accessoires en matière de divorce ; (2) il déclare la Convention de La Haye de 1973 applicable en raison de sa ratification par l'Italie, alors qu'elle est applicable *erga omnes* (art. 3) ; (3) il mentionne l'art. 8 al. 2 uniquement pour en déduire que la Convention s'applique aux effets d'un mariage nul, sans remarquer que cette disposition détermine directement la loi applicable, désignant en l'espèce la loi italienne et non la loi suisse. On peut se demander quel sens attribuer à la publication de l'arrêt au Recueil officiel.

Il fallait encore savoir ce que le droit suisse dit sur la durée de l'obligation d'entretien lorsqu'une procédure en divorce est en cours et qu'elle devient sans objet en raison de l'annulation du mariage (c. 2.4). Certes, l'entretien accordé provisoirement ne peut s'effacer rétroactivement. Des mesures provisoires peuvent être ordonnées même après le divorce, tant que la procédure relative aux effets du divorce n'est pas close (art. 276 al. 3 CPC). Pour le Tribunal fédéral, cela vaut aussi pour le cas de l'annulation d'un mariage, étant donné l'analogie entre les deux procédures (art. 294 al. 1 CPC). Sur ce point, il est permis de douter. Car la règle du maintien de la mesure provisoire sur l'entretien jusqu'à épuisement de la procédure de divorce en ce qui a trait aux effets accessoires s'explique par le fait qu'il ne faut pas placer l'époux créancier devant un trou dans sa protection dont on peut penser qu'elle se poursuivra normalement par l'entretien accordé pour la période postérieure au procès. Dans l'hypothèse d'un mariage nul, la situation est différente, car le procès ne connaîtra aucune suite en termes d'effets alimentaires. Il n'y a donc pas lieu de faire comme si le mariage existait encore alors qu'en droit, il est devenu inexistant dès le moment de l'entrée en force du jugement. En fait, on a fait payer au mari l'entretien de son épouse depuis l'entrée en force du jugement italien d'annulation, le 21 mars 2015, date de sa reconnaissance en Suisse, jusqu'à la date de la clôture de la procédure de divorce, le 24 novembre 2017, alors que le droit suisse attribue un tel effet en vertu du droit matrimonial uniquement jusqu'à la date de l'annulation du mariage.

#### IV. Enlèvement d'enfant

Enfant parti du Mexique avec son père – Convention de La Haye de 1980 – Opposition de l'enfant au retour – Refus du renvoi

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 9 juillet 2018, 5A\_475/2018

C'est le second volet de l'affaire du Mexique, qui avait laissé de mauvais souvenirs au terme du retour forcé de l'enfant en 2015 (cf. SRIEL 2016 p. 451–458). Ayant renversé une première décision de l'Obergericht d'Argovie, acceptant la volonté sincère de l'enfant de ne pas être renvoyée au Mexique compte tenu des dangers pour sa sécurité, le Tribunal fédéral a ordonné le retour, après avoir consulté les informations sur la sécurité des touristes et, surtout, en estimant que la volonté de l'enfant avait été manipulée par son père. L'enfant s'étant toujours révoltée, on a pensé bien faire pour en venir à bout en l'enfermant dans une maison de garde pendant six semaines et l'exposant à l'analyse partielle d'un psychiatre, qui a tout au moins constaté que l'enfant allait se rebeller en cas de départ. Sa résistance a finalement été rompue en la mettant sous narcose. Le voyage au Mexique s'est alors bien passé, en compagnie de la mère, de telle manière qu'à son arrivée, l'enfant ne se souvenait de rien. L'Autorité

centrale de Berne n'est pas intervenue, alors qu'elle savait que la résistance de l'enfant ne pouvait être brisée autrement que par la force, physique ou médicale.

L'enfant est revenue en Suisse au printemps 2018, pour vivre avec son père et sa partenaire et leur enfant commun dans le canton de St-Gall. L'arrêt ne dit rien sur ce retour et les circonstances du voyage, si ce n'est l'observation que l'enfant a refusé de se rendre auprès de sa mère dès fin janvier 2018. Il est noté que la procédure sur le règlement de l'autorité parentale était toujours pendante au Mexique. Le Tribunal fédéral se plaît à rappeler dans sa jurisprudence que le retour des enfants enlevés doit servir au tribunal dans le pays du retour pour régler le fond du conflit en présence de l'enfant. Par rapport à certains pays, cela ne se passe pas ainsi. En l'espèce, les parents ont pu régler la répartition des visites d'un commun accord, mais le juge saisi du fond n'a pris aucune décision pendant deux ans et demi. Il en est ainsi au Mexique. Les menaces auxquelles les juges et les avocats sont confrontés tous les jours ont pour effet que le système judiciaire est paralysé; s'agissant des enseignants, la situation est la même. Renvoyer un enfant dans ces conditions n'a plus rien à faire avec le respect de son intérêt. Certes, elle a réussi à revenir en Suisse et à faire valoir sa volonté, mais cela après avoir perdu deux ans de scolarité, sans parler des tensions permanentes entre les parents et dans leur vie de tous les jours.

Les Juges de St-Gall se sont appuyés quasi-exclusivement sur le refus de l'enfant de retourner vivre au Mexique. A tous égards, la vie en Suisse serait bien meilleure, en particulier le niveau des écoles et les libertés dont jouissent les habitants. L'enfant insistait aussi sur le fait qu'elle avait exprimé de manière répétée sa volonté de revenir vivre en Suisse, notamment devant le juge mexicain et face à sa mère. Celle-ci continuait à prétendre, comme elle l'avait fait en 2014 déjà, que sa volonté était le fait d'une manipulation. Cependant, quatre ans plus tard, l'argument était sans force, tant l'enfant s'est affirmée dans son refus de retour, relayé par une curatrice compréhensive. Le Tribunal fédéral a compris que le vent avait tourné. On ne pouvait plus ignorer la volonté d'une enfant affirmant aussi clairement et avec fermeté sa volonté. L'arrêt fait ressortir le fait que cette volonté, l'enfant l'avait déjà exprimée devant le juge mexicain saisi du litige sur l'autorité parentale. Elle l'avait également opposée à sa mère, insistant à de multiples reprises qu'elle lui reconnaisse son autonomie dans sa propre analyse de son intérêt à vivre en Suisse. Il est noté également que cette volonté apparaissait plus convaincante du fait que l'enfant disait apprécier des séjours au Mexique et auprès de sa mère, avec laquelle le contact était intact. Le Tribunal fédéral prolonge ainsi une jurisprudence récente acceptant la volonté exprimée avec une certaine fermeté par des enfants dans la tranche d'âge de 11 à 14 ans (ATF 30.11.2016, 5A\_709/2016, c. 5.5.2, SRIEL 2017 p. 230–233; ATF 27.9.2017, 5A\_666/2017, c. 5, SRIEL 2018 p. 255–259).

Le Tribunal fédéral ne manque pas de rappeler quelques points clé de sa jurisprudence, sans cependant s'y tenir toujours (c. 4.2). Ainsi, l'enfant qui s'oppose au retour doit pouvoir comprendre la distinction entre le rétablissement du *statu quo* et le règle-

ment de l'autorité parentale. En l'espèce, ce point n'est pas soulevé. L'arrêt s'en écarte même, en ce sens qu'il souligne que l'enfant avait exprimé sa volonté déjà devant le juge mexicain saisi du fond, à un moment où aucune hypothèse d'enlèvement n'était d'actualité (c. 4.4). Le critère décisif dans l'application de l'art. 13 al. 2 de la Convention est l'aptitude de l'enfant à se former une volonté autonome ; cela n'exclut pas une influence extérieure, mais celle-ci ne doit pas se muer en une manipulation, de sorte que l'enfant simplement « transporte » l'opinion de sa personne de référence au lieu d'en former une lui-même. Une telle volonté suffit à elle seule à conclure au motif d'exclusion du retour de l'art. 13 al. 2. Le fait qu'il s'agit d'une « Kann-Vorschrift » n'y change rien (c. 4.5). On notera également avec satisfaction que les bons souvenirs (parmi d'autres, telle la peur constante devant la violence de tous les jours) dont l'enfant a fait part par rapport au Mexique et sa bonne relation avec sa mère n'affectent pas la pertinence de son refus d'y retourner. Autrefois, le Tribunal fédéral avait raisonné différemment, renvoyant une fille de 14 ans s'étant fermement opposée à son renvoi en Hongrie au motif qu'elle allait le supporter sans trop de dégâts (ATF 23.5.2015, 5A\_51/2015, c. 6.2, SRIEL 2016 p. 446). Une autre fille de 14 ans a dû se faire dire que sa volonté de rester à Bâle plutôt que d'être renvoyée au-delà de la frontière en France n'avait aucun poids car cela concernerait la question de la garde (ATF 134 III 88 ss, RSDIE 2010 p. 226). Le point commun aux trois cas est le fait que chacun de ces enfants a finalement pu imposer sa volonté, quoiqu'avec des sacrifices inutiles: l'enfant du Mexique est revenue deux ans plus tard après avoir été renvoyée brutalement une première fois, l'enfant hongroise n'est pas retournée et a obtenu le droit de rester avec sa mère en Suisse, et l'enfant de Bâle a fait un bref passage dans un appartement à Mulhouse, pour ensuite retourner à Bâle où elle a toujours poursuivi sa scolarité. En fait, dans un grand nombre de cas, le mécanisme de la Convention de La Haye impose un retour de l'enfant qui se révèle comme un détour passager et donc inutile. C'est pourquoi l'on devrait orienter le regard plus intensément vers la perspective finale du conflit des parents, plutôt que d'insister sur un renvoi n'ayant que très peu de rapport avec les enjeux réels du contexte familial et l'intérêt de l'enfant.

Enlèvement d'enfant – Enfant ayant quitté la Grèce avec sa famille plus de sept mois avant le déplacement en Suisse – Convention de La Haye de 1980 – Dernière résidence habituelle en Grèce déterminante – Enfant de trois ans devant supporter la séparation de sa mère, requérante d'asile en Suisse – Retour ordonné sans préparation et sans protection de l'enfant devant la violence du père si ce n'est qu'il n'est pas obligé de vivre à proximité de celui-ci

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 23 mai 2018, 5A\_121/2018/5A\_132/2018; 18 septembre 2018, 5F\_12/2018

Cette affaire compliquée figurait déjà dans la dernière Chronique (SRIEL 2018 p. 259–264). Elle revient ici et peut-être encore la prochaine fois, car le retour de l'enfant sur lequel le Tribunal fédéral insistait tant n'a pas encore eu lieu. Dans son

premier arrêt, du 11 octobre 2017, la cause fut renvoyée à la Chambre des curatelles du canton de Vaud pour qu'elle instruisse l'affaire plus à fond, concernant notamment la résidence habituelle de l'enfant et l'incertitude au sujet du mariage des parents, un homme afghan et une femme iranienne dont l'union conjugale aurait été conclue le 3 avril 2014 à l'Ambassade de l'Afghanistan à Belgrade. L'enfant est né en 2015 à Athènes. Six mois plus tard, vers la fin de l'an 2015, la famille a vécu pendant six ou sept mois en Finlande, en attendant le sort réservé à sa demande d'asile qui fut finalement rejetée. Après de très brefs séjours en Suède et en Norvège, la mère est arrivée avec son enfant en Suisse le 26 août 2016. La requête en retour du père (retourné en Grèce) fut déposée le 5 juillet 2017. Dans son premier arrêt, la Chambre des curatelles a rejeté la requête le 3 août 2017. Après avoir complété le dossier comme le lui demandait le Tribunal fédéral, elle a ordonné le retour en Grèce de l'enfant.

L'arrêt du Tribunal fédéral expose que la Chambre des curatelles a retenu que l'existence d'un mariage valable des parents était acquise, cet élément ayant été constaté par le Tribunal fédéral. Le tribunal vaudois s'est simplifié la tâche. La question de la validité du mariage n'a pas été tranchée aussi nettement par le Tribunal fédéral. La reconnaissance en Grèce n'aurait pas dû être déduite de l'inscription sur l'acte de naissance qui ne sert pas à attester le lien qui unit les parents. Il n'était pas établi non plus si le mariage consulaire formalisé devant l'Ambassade de l'Afghanistan était valable au regard de la loi nationale de la femme, ce qui était indispensable pour conclure à sa reconnaissance en Grèce. Le seul certificat de mariage de l'Ambassade constituait une base bien trop fragile pour valoir comme preuve de la célébration du mariage. L'arrêt de révision rappelle que la validité du mariage avait été retenue sur la base du certificat du mariage et de l'acte de naissance (c. 5). On ne veut pas voir que ce dernier acte n'offre pas la preuve du lien des parents et que le certificat de mariage ne démontre pas la reconnaissance de sa validité dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

Cette question étant tranchée, il restait celle de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement vers la Suisse. Pour la Chambre vaudoise, cette résidence se trouvait en Finlande, ce qui permettait de conclure à l'autorité parentale conjointe des parents mariés en vertu de la loi finlandaise et, partant, à l'illicéité du déplacement de l'enfant sans l'accord du mari. Comme nous l'avons noté, si ce n'est que pour déterminer ce point de l'autorité parentale, la localisation de la résidence habituelle n'était pas indispensable, étant donné que tous les ordres juridiques concernés prévoyaient la même solution (cf. SRIEL 2018 p. 261). Une question intéressante, qui se pose rarement en pratique, portait sur la destination du retour. Bien que le Préambule de la Convention vise explicitement le retour dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, tel n'est pas toujours le cas. En l'espèce, le retour a été ordonné en Grèce, lieu de vie du père qui réclamait le retour de l'enfant (c. 2). Une telle décision porte atteinte au droit de la mère de participer à la décision sur la résidence de l'enfant. Car la

Convention ne prive pas la mère de ce droit ; elle se borne à protéger chacun des parents à ce que l'enfant soit présent dans le pays de sa résidence habituelle.

Le Tribunal fédéral n'a pas voulu devoir trancher ce point critique. Il détermine autrement la résidence habituelle de l'enfant. Il rappelle d'abord les points cardinaux de la notion, tels que l'observation d'une situation de pur fait, un centre effectif de sa propre vie et de ses attaches, une certaine intégration dans un environnement social et familial, ainsi que d'autres facteurs susceptibles de montrer que la présence de l'enfant n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel. En revanche, l'intention de demeurer dans un endroit, élément subjectif, n'est pas déterminante, en sorte que tout déménagement dans un autre Etat ne crée pas immédiatement un nouveau lieu de résidence habituelle (c. 3.1).

En suivant ces lignes directrices, il semblerait en résulter que l'abandon du centre de vie dans un Etat, le départ de son environnement social et familial et, surtout, le fait d'avoir cessé d'être présent, ont pour effet combiné l'abandon de la résidence habituelle, et ce même si l'intention de créer une nouvelle résidence dans un autre Etat, où l'enfant a été déplacé, n'est pas concluante. Or, ce n'est pas le raisonnement du Tribunal fédéral. L'arrêt commence par exposer que la famille n'a pas pu se constituer une résidence habituelle en Finlande, étant donné que l'admission de leur requête d'asile n'était pas d'emblée évidente. La seule volonté de la famille de quitter la Grèce ne constitue pas un élément suffisant pour admettre la perte de la résidence habituelle en Grèce. En revanche, note l'arrêt, l'enfant est né en Grèce et y dispose d'un statut de réfugié et d'un titre de séjour valable, et il conclut que « vu les attaches de l'enfant avec cet Etat, il sied de constater que la dernière résidence habituelle de l'enfant est demeurée en Grèce ». La Chambre des curatelles aurait donc dû reconnaître la persistance de la résidence habituelle en Grèce au jour du déplacement de l'enfant en Suisse (c. 3.2).

Cette conclusion est erronée au regard des principes rappelés par l'arrêt. Lors du déplacement de l'enfant en Suisse, en août 2016, l'enfant avait quitté la Grèce, avec ses deux parents, depuis plus de sept mois déjà. Le fait d'avoir demandé l'asile en Finlande représente un élément subjectif, certes, que l'arrêt n'entend pas prendre en considération, mais il constitue également un élément objectif démontrant que l'enfant a abandonné sa résidence habituelle en Grèce avec tout ce qui peut en constituer le fondement, telle la présence physique, le centre effectif de sa vie et l'intégration dans l'environnement social et familial. Le Tribunal fédéral défigure le principe de l'art. 3 al. 1 lit. a de la Convention: il s'agissait de déterminer la résidence habituelle immédiatement avant son déplacement. Or, l'arrêt entend déterminer la « dernière résidence habituelle de l'enfant », une notion que la Convention ne consacre pas, ni d'ailleurs l'art. 20 LDIP. On est d'autant plus perturbé par ce raisonnement compte tenu de la mention d'un arrêt constatant que la résidence habituelle « implique la présence physique dans un lieu donné », ce qui veut dire: « Toute résidence implique nécessairement une présence physique à un endroit donné » (ATF 12.6.2012,

5A\_346/2012, c. 4.1 et 4.4; le présent arrêt recopie très largement cet arrêt, sauf les deux passages cités ici).

Après ce tour de force, le couperet devait tomber brutalement. Un enfant de trois ans doit supporter d'être séparé de sa mère; cela ne constitue pas un danger grave pour lui. Curieusement, ce même argument fait qu'est « ainsi vouée à l'échec » la crainte d'être réuni avec le père qu'il n'a pas vu depuis deux ans. Il n'existe aucun risque grave pour l'enfant en cas de retour en Grèce, ce d'autant qu'il n'était pas contraint de vivre dans la demeure du père et que celui-ci ne revendiquait pas la garde de son fils. Tout cela est dit par l'arrêt sans qu'aucune allusion ne soit faite à la préparation de ce retour et que le retour de la mère n'est pas confirmé, si ce n'est indirectement par le doute qu'une éventuelle demande d'asile de sa part puisse aboutir à un titre de séjour en Suisse (c. 5). Aucune réflexion n'a accompagné l'affirmation répétée de la mère d'avoir été abusée sexuellement par son mari, en particulier lors de la conception de l'enfant qui était issu d'un viol. Dans ces conditions, il est trop facile de constater qu'au retour en Grèce, la mère et l'enfant n'auront pas l'obligation de partager la demeure du mari ou de vivre à proximité (c. 8.1). Au regard des souffrances subies, c'est la moindre des choses et on se demande pourquoi il fallait tant y insister. Comment et où vont-ils vivre alors? Et comment vont-ils se protéger contre les visites d'un père et mari dont la violence est notée par l'arrêt comme si c'était un fait acquis, cependant sans pertinence car l'enfant n'en était pas la victime directe mais uniquement sa mère (c. 8.2)? Donc, l'enfant ne subit aucun danger si son père vient s'abattre sur sa mère, même devant ses yeux? Il aurait été le devoir des Juges de vérifier les conditions du retour au regard des exigences de l'art. 10 LF-EEA. Cette disposition met en évidence que, contrairement à ce que l'arrêt en dit, la Convention ne prévoit pas un « retour automatique » (c. 5.3). En utilisant ce langage, va-t-on encore faire croire que l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale, comme elle devrait l'être?

Enfin, quel était le but de cet arrêt? D'après la Convention, il s'agit de renvoyer l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle afin que la répartition de l'autorité parentale et du droit de garde soit décidée par les tribunaux de ce pays. Cela signifie que le requérant du retour entend poursuivre cet objectif. Or, comme l'arrêt l'explique, en l'espèce, tel n'est pas le but de la démarche du père. Celui-ci s'est engagé devant la Chambre des curatelles « à ne pas revendiquer la garde de son fils et a garanti qu'aucune procédure tendant à l'attribution de la garde n'avait été ouverte en Grèce » (c. 5.3). S'il ne vise pas à obtenir la garde, il voudra s'assurer tout au plus de son droit de visite. Or, tel n'est pas l'objectif de la Convention.

Encore fallait-il que l'arrêt se traduise dans la vie réelle. Ce n'est ni le premier ni le dernier arrêt où le destin l'emporte sur la rigueur des Juges fédéraux. L'arrêt offrait déjà une brèche. L'ordre fut donné à la mère d'assurer le retour de l'enfant en Grèce (sous la menace – inefficace – de la peine d'amende de l'art. 292 CP). Il suffit que la mère n'obtempère pas à cet ordre, et la condamnation de l'arrêt tombe dans le vide.

Car l'arrêt ne dit pas dans son dispositif ce qu'il faudrait faire dans un tel cas. Certes, on a l'impression que du moment que le Tribunal fédéral estime que l'enfant peut vivre seul en Grèce, séparé de sa mère, il pourrait faire le voyage sans sa mère. Pour un enfant aussi jeune, il aurait fallu prévoir un accompagnement. Cela n'a pas été fait. D'après les renseignements que nous avons pu obtenir, différents services et organisations ont essayé de mettre sur pied un arrangement vivable en Grèce, sans succès. Comme le remarque l'arrêt (sous B.a), l'Autorité centrale grecque a fourni des explications juridiques, sans utilité pour arranger le placement de l'enfant. L'Autorité centrale fédérale a dû baisser les bras, et les Juges de liaison n'ont apparemment pas été consultés. La procédure d'asile est arrivée au niveau du Tribunal administratif fédéral avant d'être rayée du rôle et de poursuivre son chemin à travers le Service des migrations. L'enfant de trois ans que l'on voulait renvoyer, même pour vivre seul en Grèce, vit en Suisse. Mais le dossier d'enlèvement n'est pas encore clos.

Deux enfants vivant sous garde partagée entre la mère vivant à Genève et le père établi en France voisine – Refus de la mère de laisser les enfants retourner auprès de leur père – Manquement de la Cour de justice de Genève d'administrer les preuves au sujet de la résidence habituelle des enfants – Double renvoi de la cause à l'autorité cantonale

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 6 novembre 2018, 5A\_846/2018; 18 avril 2019, 5A\_131/2019

Les cas de garde partagée pénètrent de plus en plus les prétoires. La pratique des enlèvements n'en fait pas exception. En l'espèce, deux enfants, nés respectivement en 2008 et en 2015, étaient réclamés par leur père vivant en France voisine, reprochant à son épouse d'avoir refusé qu'ils quittent leur lieu de vie à Genève. Le logement de la famille se trouvait tout d'abord en France, avant que le mari le quitte en mai 2018, pour le réintégrer lorsque son épouse et les enfants avaient à leur tour quitté ce lieu en août 2018 pour s'établir à Genève. La Cour de justice de Genève relevait encore que le fils aîné a toujours été scolarisé en Suisse, que le requérant travaille à Genève, que son épouse travaillait à Genève avant de perdre son emploi, et que les époux sont propriétaires de plusieurs biens immobiliers à Genève. Les registres cantonaux de la population indiquent que les époux et leurs enfants sont domiciliés à Genève depuis plusieurs années. La Cour genevoise concluait que le centre de vie de tous les membres de la famille est en Suisse, en sorte que, même si la famille avait passé du temps en France, le litige se trouvait hors du champ d'application de la Convention de La Haye de 1980.

Les parties divergent sur la résidence habituelle de la famille lors de la séparation et du prétendu déplacement sans droit des enfants. Pour le requérant, la famille a toujours vécu en France, ce qui résulte de nombreux éléments de preuve de leur présence, tandis que le logement à Genève était beaucoup trop petit pour que l'on puisse envisager y vivre à long terme. Pour la mère, le centre effectif de vie a toujours été à

Genève, principal point d'attache des enfants compte tenu de leur école et de leurs activités sociales, culturelles et sportives, tandis que la villa en France était une résidence secondaire.

L'arrêt rappelle les éléments essentiels de la notion de résidence habituelle de l'enfant, reposant sur une situation de pur fait, déterminée d'après le centre effectif de sa vie, correspondant à une certaine intégration dans un environnement social et familial. Pour le Tribunal fédéral, la Convention de La Haye consacre le principe du recours exclusif au rattachement à la résidence habituelle de l'enfant, ce qui s'oppose à ce qu'un enfant jouisse de plusieurs résidences habituelles simultanées. Certes, on peut admettre qu'un enfant peut avoir deux résidences habituelles alternatives et successives, mais cela suppose que le mode de garde porte sur plusieurs mois, soit sur une période suffisamment longue pour entraîner régulièrement un changement de la résidence habituelle. Sur ce point, l'arrêt corrige la lecture biaisée donnée à cette hypothèse dans l'ATF du 8 mars 2018 (5A\_1021/2017, c. 5.3, SRIEL 2018 p. 251–255). Il en résulte que, de l'avis du Tribunal fédéral, il est exclu qu'un enfant ait simultanément deux résidences habituelles parce qu'il partage son temps entre deux Etats au cours de la même journée, ou la même semaine, à l'instar du mode de vie des frontaliers (c. 4).

Le Tribunal fédéral n'est pas satisfait de l'administration des preuves effectuée par la Cour de justice. Celle-ci aurait rejeté les moyens invoqués par le recourant sans administrer les preuves offertes par celui-ci. Par contre, elle se serait appuyée sur les écritures de l'intimée, sans établir les faits allégués ni administrer les preuves. En particulier, elle se serait fondée sur l'enregistrement dans le registre de la population, ce qui n'est notoirement pas déterminant pour établir le domicile ou la résidence habituelle. Dès lors, le Tribunal fédéral, déclarant ne pas disposer des éléments factuels lui permettant de trancher le litige, a renvoyé l'affaire à l'autorité cantonale, statuant en instance unique, aux fins de déterminer le lieu de résidence habituelle des enfants, puis d'en tirer les conséquences quant à l'applicabilité de la Convention de La Haye et, dans l'affirmative, de statuer sur la requête en retour. On notera en marge que l'arrêt conclut non seulement à une violation du droit d'être entendu du recourant, mais également au non respect de la maxime inquisitoire d'après l'art. 296 al. 1 CPC, confirmant ainsi un arrêt antérieur qui a adopté celle-ci en suivant un raisonnement sans ligne claire (cf. ATF 11.10.2017, 5A\_655/2017, c. 5.2, SRIEL 2018 p. 259–264).

Sur le point en droit du litige, le Tribunal fédéral constate que selon son article 4, la Convention ne peut s'appliquer qu'au cas où l'enfant avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde (c. 3.2). Il est donc indispensable que cette résidence soit déterminée. Sans l'avoir fait, la Cour cantonale ne pouvait conclure que la Convention ne s'applique pas et que la requête était irrecevable. Si la résidence habituelle des enfants était en France, il s'agirait d'un non-retour, car la mère a refusé de laisser partir les enfants auprès de leur père en France voisine. Si, en revanche, cette résidence était à Genève, il n'y avait ni déplace-

ment ni non-retour illicite, de sorte que la Convention ne s'applique pas, étant donné qu'elle n'intervient qu'à la condition que l'enfant soit éloigné de son pays de résidence ou qu'il n'y soit pas retourné (art. 3 al. 1 lit. a). On verra cependant plus loin que le Tribunal fédéral ne maîtrise pas aussi clairement ce principe comme il l'affirme dans le présent arrêt. On notera également que pour juger de l'applicabilité de la Convention selon l'article 4, la question de la résidence habituelle n'est d'aucune utilité, étant donné que la Suisse et la France sont parties à la Convention.

La Cour de justice n'a pas voulu obtempérer. Elle a considéré qu'il était inutile de déterminer en l'espèce artificiellement un lieu de résidence habituelle des enfants. Le prétendu empêchement du requérant d'exercer son droit de visite n'était en rien dû au fait que leur lieu de résidence aurait changé, mais du fait des tensions entre les époux exclusivement, ayant culminé dans l'introduction de procédures de droit matrimonial des deux côtés de la frontière. Étant donné que les enfants résidaient de manière incontestée à Genève, à quelques kilomètres seulement du lieu de vie de leur père, il n'y avait aucune entrave à l'exercice des relations personnelles du requérant avec ses enfants, de sorte que la requête sortait du champ d'application de la Convention et qu'au cas où on voulait la soumettre à celle-ci, elle était de toute manière constitutive d'un abus de droit.

Le Tribunal fédéral n'a pas apprécié le non-respect de son autorité. Il s'en est suivi un rappel à l'ordre (arrêt du 18 avril 2019). La Cour de justice est sommée de respecter l'autorité de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, cela d'autant plus que le Tribunal fédéral lui-même est également lié par ce même arrêt (c. 3.1). Il est rappelé que la détermination de la résidence habituelle est indispensable lors de l'examen d'une requête fondée sur la Convention de 1980. La Cour de justice ayant refusé de trancher la question incontournable du lieu de la résidence habituelle, elle doit se remettre à l'œuvre. Elle appréciera de se faire reprocher une « erreur procédurale particulièrement grave », voire pire, une véritable « Justizpanne ». Le choix des mots semble excessif et peu propice aux bonnes relations entre la Haute Cour et les tribunaux inférieurs. Il n'est pas mieux lorsque le Tribunal fédéral reproche à une cour cantonale d'avoir commis une « erreur de raisonnement manifeste » alors qu'en fait, rien ne le démontre (cf. ci-dessous, ATF 11.1.2019, 5A\_982/2018, c. 5). Le Tribunal fédéral entretient un sentiment de révolte auprès de nombreux Juges cantonaux exposés de près aux drames familiaux provoqués par des arrêts mal raisonnés et rendus sans respecter l'intérêt de l'enfant. A Genève en particulier, on était frappé par le renvoi d'un garçon de 8 ans en Italie auprès d'un père sans résidence stable (ATF 16.1.2014, 5A\_880/2013, RSDIE 2014 p. 490–502), et par le retour forcé de deux petits enfants à Londres sans aucune préparation et en sachant que la mère ne pouvait aller y vivre et que le père violent vivait avec une injonction de ne pas s'en approcher (ATF 30.1.2017, 5A\_936/2016, SRIEL 2017 p. 238–243) – arrêts prononcés en violation de l'art. 10 LF-EEA qui exige la préparation du retour en collaboration avec les autorités du pays de destination. Dans un tel contexte émotionnel, on peut comprendre

que la déférence à l'égard de la Haute Cour peut parfois montrer des limites. En l'espèce, la Cour de justice avait estimé que le conflit exposé par le père devant la justice portait en réalité sur la dispute du couple et sur l'exercice des relations personnelles de la part du père. Cela n'a rien à faire avec la Convention de 1980, étant noté que son art. 21 n'était pas invoqué. L'arrêt du Tribunal fédéral ne porte aucune attention à cet objectif du recourant, pourtant rappelé avec insistance par la Cour genevoise (c. 2). Il semble se tromper également sur le véritable objectif d'une demande de retour fondée sur la Convention, qui vise à rétablir l'autorité parentale en ce qui a trait au lieu de vie de l'enfant, mais non le droit de visite, contrairement à ce que l'arrêt en dit (c. 3.1). Or, du moment que la Convention n'est pas applicable *ratione materiae*, il devient inutile de se demander si elle est applicable *ratione loci*.

Enfant autorisé à accompagner sa mère lors de son séjour d'un an en Suisse – Non-retour de enfant au Chili après l'échéance du délai convenu dans un accord des parents – Résidence habituelle sans pertinence

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 11 janvier 2019, 5A\_982/2018, 5A\_997/2018 ; 13 février 2019, 5A\_128/2019

Un nouvel arrêt qui irrite, tant par son raisonnement que par la critique virulente de l'autorité cantonale. Les parents de l'enfant étaient un couple d'origine chilienne. Ils n'étaient pas mariés. Après avoir vécu une courte période ensemble, leur vie a continué séparément jusqu'en été 2017, lorsque la mère et leur enfant né en 2010 sont partis vivre en Suisse. Ce départ s'est fait sur la base d'un accord par lequel le père acceptait que la mère et l'enfant vivent en Suisse du mois d'août 2017 jusqu'avant Noël 2017, puis encore du 5 janvier 2018 jusqu'au 18 juillet 2018. Après cette date, la mère et l'enfant sont cependant restés en Suisse. Le retour fut ordonné par le Kantonsgericht Schwyz le 27 novembre 2018. La mère s'y opposait devant le Tribunal fédéral, étant alors confrontée au père ainsi qu'au curateur de l'enfant qui estimait qu'il était dans l'intérêt à long terme de l'enfant que toute la famille soit réunie au Chili. Cette observation sortait du cadre de l'examen requis en vertu de la Convention de 1980. Elle présentait cependant une perspective axée sur le contexte familial. En effet, la mère avait fait la connaissance, en 2015, de l'homme qui est devenu son mari en avril 2018. Il était originaire d'Allemagne et d'Afrique du Sud et travaillait au Chili comme cadre dans la même entreprise que son épouse. Depuis son arrivée en Suisse, il occupait une fonction de CEO dans une entreprise à Zurich. Lui et son épouse maintenaient des contacts réguliers avec le Chili et leur retour dans ce pays n'était pas exclu. Encore au Chili, les contacts de l'enfant et de son père étaient très bons et réguliers ; celui-ci était venu rendre visite à l'enfant en Suisse à plusieurs reprises. Le tribunal cantonal notait aussi que la famille vivait comme dans une bulle en Suisse, typique pour de nombreux « expat » : peu de contacts avec leurs voisins, mère sans travail, faible maîtrise de l'allemand, l'enfant parlant espagnol en famille et anglais

dans une école privée. Le tribunal de Schwyz concluait qu'au vu de ces circonstances, on ne pouvait admettre que l'enfant ait acquis une résidence habituelle le 18 juillet 2018, au dernier jour avant qu'il aurait dû retourner au Chili. La famille n'était guère protégée dans son anonymat, compte tenu du second arrêt, rendu le même jour, sur l'assistance judiciaire, faisant état d'un revenu et d'une fortune plus que confortables, ce qui ne pouvait échapper à l'attention générale dans un petit canton. L'affaire est devenue plus visible encore du fait que les mesures d'exécution prévoyaient un séjour délimité par un périmètre étroit (ne comprenant pas le lieu de travail du mari) et une visite tous les deux jours au poste de police (cf. le troisième arrêt, déclarant irrecevable le recours de la mère).

Avant d'en arriver au point critique de l'analyse, le Tribunal fédéral examine la question de savoir si le père pouvait faire valoir un droit de garde au sens de l'art. 5 de la Convention. Cette disposition, en liaison avec l'art. 3, repose sur une notion autonome et large de la garde, comprenant non seulement le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, mais également les soins et l'éducation de celui-ci. Au départ de ce raisonnement déjà, le contraste est frappant avec la démarche du Tribunal fédéral dans l'affaire genevoise, présentée ci-dessus: dans celle-ci, le Tribunal fédéral martelait que toute analyse de la Convention de 1980 devait commencer par la détermination de la résidence habituelle de l'enfant. Dans l'affaire du Chili, il n'en est rien. L'arrêt se dirige directement sur le droit de garde du père, en référence au droit du Chili et sans se demander si ce droit était applicable en vertu de l'art. 3. Curieusement, aucune mention n'est faite de l'arrêt genevois du 6 novembre 2018. L'explication semble résider dans le fait que le rédacteur de l'arrêt dans l'affaire du Chili s'abstient normalement de mentionner les arrêts en langue française (comme il ne cite jamais le Commentaire romand).

L'analyse du droit chilien, qui fait abstraction du refus traditionnel de vérifier le contenu du droit étranger, même commandé par un traité, n'est pas aisée, compte tenu du fait que les parents de l'enfant n'étaient pas mariés. Le Tribunal fédéral estime que le droit du père de prendre part à la détermination de la résidence de l'enfant résultait non de la « patria potestad », mais de la « cuidado personal ». Celle-ci revenait, dit l'arrêt, aux deux parents de l'enfant, même vivant séparés (c. 3). Sur ce point, l'arrêt renvoie à l'art. 224 al. 1 du Code civil du Chili, mais il constate également que selon les art. 224 et 225 du Code, la « cuidado personal » appartenait « formellement » à la mère seule. C'est en effet ce que l'art. 225 al. 1 dit expressément. Il est noté ensuite que le droit civil chilien ne règle pas spécifiquement le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant; cependant, les parents pouvaient en convenir à travers un accord, homologué par le juge, ce qui fut fait en l'espèce. Toutefois, cette interprétation n'est pas aussi certaine que l'arrêt l'affirme. Car l'accord porte, certes, sur les relations personnelles entre l'enfant et son père. Ce sont des éléments qui font partie de la notion de garde selon l'art. 5 de la Convention, mais n'en constituent pas l'essentiel, qui porte sur le droit de déterminer la résidence de l'enfant. L'art. 229 al. 1 du

Code civil reflète cette distinction, étant donné qu'il assure au parent non pourvu de la « *cuidado personal* » le droit de jouir de contacts directs et réguliers avec l'enfant, sans mentionner la résidence de celui-ci. L'arrêt finit sur ce point par admettre que même si le père ne devait pas disposer d'un véritable droit de participer à la détermination du lieu de vie de l'enfant, il tirait tout au moins avantage de l'assurance indirecte découlant d'une exigence en droit chilien de la participation des deux parents à tout départ de l'enfant hors des frontières du Chili, ce qui revient à une « *non removal clause* », également protégée par l'art. 3 de la Convention. Cependant, la mère soutenait que leur accord ménageait une exception pour le cas où des « motifs justificatifs » devaient expliquer le non-retour de l'enfant. L'argument est d'abord écarté au motif que les parents ne pouvaient décider de l'applicabilité de la Convention (c. 4). Ceci est inexact, car cette clause de réserve délimite simplement le droit du père d'exiger le retour de l'enfant. Le Tribunal fédéral conclut sur ce point que cette clause ne répondait point aux exigences posées par rapport à un consentement anticipé au non-retour en vertu de l'art. 13 al. 1 lit. a, qui doit se référer à une situation clairement délimitée dans le futur.

L'arrêt en vient alors au point cardinal de la résidence habituelle de l'enfant. L'arrêt cantonal avait observé que dans une hypothèse de non-retour, l'art. 3 exigeait qu'à ce moment, l'enfant n'ait pas déjà créé une résidence habituelle dans l'Etat d'arrivée, la Suisse en l'espèce. Tel fut également l'avis de doctrine fourni par une professeure de l'Université de Zurich. Celle-ci, comme le tribunal cantonal de Schwyz, se font répondre qu'ils étaient les victimes d'une erreur juridique, résultant d'une faute manifeste de réflexion (« *offensichtlicher Denkfehler* »), traduisant une méconnaissance de l'art. 3 de la Convention. Qu'il soit réservé au Tribunal fédéral de s'adresser aux Juges cantonaux comme cela lui convient, il est en revanche inacceptable qu'une professeure réputée d'une Université suisse se fasse traiter par la Haute Cour d'incapable de conduire une réflexion en matière d'enlèvement d'enfant. La simple courtoisie aurait commandé un peu de retenue. Davantage de retenue aurait été recommandée compte tenu des difficultés qu'éprouvent les Juges fédéraux à maîtriser le système de la Convention de 1980. En l'espèce, l'alerte aurait dû être donnée du fait que deux mois auparavant, dans l'arrêt rendu dans l'affaire genevoise, le Tribunal fédéral avait adopté une position diamétralement opposée.

Le présent arrêt insiste pour examiner exclusivement le droit de garde du père, sa « *Sorgerechtsposition* », sans s'intéresser à la notion d'enlèvement. Il est ainsi expliqué que, peu importe la résidence de l'enfant, au Chili ou en Suisse, le droit du père de déterminer le droit de fixer la résidence de l'enfant, fondé sur l'accord conclu par les parents et homologué au Chili, était le même. Si cette résidence se trouvait encore au Chili, l'accord est décisif. En revanche, si cette résidence était en Suisse, c'est également le droit du Chili qui tranche, en vertu de l'art. 16 al. 3 de la Convention de La Haye de 1996. Par ailleurs, même dans cette hypothèse, les autorités suisses n'auraient pas pu autoriser une modification de l'accord, compte tenu du frein de l'art. 16

de la Convention de 1980 et de la compétence réservée aux tribunaux chiliens en vertu de l'art. 7 de la Convention de 1996. Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral se trompe car le Chili n'a pas ratifié cette Convention et la compétence réservée à l'art. 7 ne profite qu'aux Etats contractants. Compte tenu de ces explications, le tribunal cantonal et le conseil de la mère apprennent que leurs observations sur les circonstances du séjour de l'enfant en Suisse étaient hors de propos (c. 5). Il n'en est rien.

La Convention de 1980 a pour but principal, en suivant les termes du Préambule, « de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle ». Les garanties fournies par la Convention visent donc (1) le cas du déplacement de l'enfant de l'Etat de sa résidence habituelle dans un autre Etat, et (2) l'hypothèse du non-retour de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle. Ce dernier cas suppose la présence initialement légitime de l'enfant dans un Etat autre que l'Etat de sa résidence habituelle, suivi de l'omission ou du refus de faire revenir l'enfant dans ce dernier Etat. Cela signifie qu'au cas où l'enfant a été légitimement déplacé dans un autre Etat et qu'il y a fondé une nouvelle résidence habituelle, il ne peut se présenter une situation de non-retour dans l'Etat du départ initial, étant donné que l'enfant n'y a plus sa résidence habituelle. En conséquence, la condition de l'art. 3 al. 1 lit. a n'est pas remplie. Autrement dit, par rapport au cas d'espèce, l'accord des parents n'a certes pas été respecté dès le lendemain du 14 juillet 2018, mais la Convention n'est plus applicable à partir du moment où l'enfant s'est créé une résidence habituelle en Suisse. Dans ce cas, il n'y a plus aucun éloignement de l'enfant du pays de sa résidence habituelle. De plus, il ne peut plus se présenter une possibilité de retour vers l'Etat dont les tribunaux sont compétents pour régler le fond du droit de garde (l'objectif central de la Convention), étant donné que l'enfant n'y réside plus habituellement.

Le Tribunal fédéral aurait donc dû entrer en matière sur la question de la résidence habituelle, quitte à renvoyer la cause à l'autorité précédente, comme il l'a fait dans l'affaire genevoise. Dans celle-ci, la question litigieuse a été saisie correctement: il fallait savoir si les enfants qui ne sont pas revenus voir leur père en France voisine avaient leur résidence habituelle à Genève, auquel cas la Convention ne s'applique pas, tandis qu'elle s'applique si cette résidence se trouve auprès de leur père. Il ne peut se présenter, au regard de la Convention, un cas d'enlèvement au départ d'un Etat qui n'est pas celui de la résidence habituelle au moment des faits pertinents, ou un refus de retour dans un tel Etat.

A en croire la réflexion que soutient cet arrêt, même dans le cas où l'accord des parents ne prévoyait le retour de l'enfant que dans plusieurs années, au terme d'un cursus scolaire, par exemple, la Convention s'appliquerait encore, étant donné que la résidence habituelle de l'enfant en Suisse ne serait pas à prendre en considération. Par ailleurs, la Convention pourrait intervenir chaque fois qu'un accord des parents aurait prévu la remise de l'enfant à l'autre parent à l'étranger, même pour une durée limitée (pour l'exercice d'un droit de visite ou des vacances, par exemple), étant donné que la question de localiser la résidence habituelle de l'enfant serait sans pertinence et

ne se poserait dès lors pas. Or, tel n'est pas le sens de la Convention qui entend prévenir le déracinement de l'enfant de son cadre habituel, rien de plus. Lorsque l'enfant est retenu au lieu de sa résidence habituelle, l'enjeu consiste à statuer sur le fond du droit des parents quant à la résidence de l'enfant, et non de renvoyer celui-ci dans un pays dont les autorités ne sont pas compétentes à son égard, faute pour lui d'y être habituellement résidant.

## V. Arrêts en bref

Filiation – Transcription du lien de filiation issu d'une gestation pour autrui en Californie – Rejet – Jurisprudence confirmée

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 21 décembre 2017, 5A\_912/2017

Pour obtenir un changement de la jurisprudence il faut que les circonstances pertinentes et les conceptions juridiques aient changé, sur la base de motifs objectifs et sérieux suffisants pour renverser une pratique antérieure, ce qui peut se produire notamment si celle-ci est déjà ancienne (ATF 138 III 270 ss, 273). Même la nature temporelle de l'ordre public est subordonnée à cette considération. Les recourants n'avaient donc guère d'espoir de pouvoir renverser la jurisprudence récente hostile à la reconnaissance des filiations californiennes résultant d'une gestation pour autrui. Cependant, on aurait pu penser que cela pourrait se faire sur un ton moins sec que celui employé par le Tribunal fédéral (comme dans l'ATF 1.12.2016, 5A\_317/2016, c. 2), ce d'autant que sa jurisprudence a été rendue par une majorité de trois juges contre deux, donc sur une base bien fragile (cf. ATF 141 III 312 ss, 328 ss ; cf. SRIEL 2016 p. 458). Une certaine modération était d'autant plus indiquée que personne ne pouvait douter de ce que la CEDH allait faire évoluer ses positions en la matière. Cela est arrivé plus vite que l'on le croyait, à travers l'avis fourni par la Cour à la Cour de cassation française le 10 avril 2019 (n° P16-2018-001), en vertu du nouvel instrument (fondé sur le Protocole n° 16, non ratifié par la Suisse) d'une demande d'avis consultatif. Constatant que l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (la mère « légale ») entraînait des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée (§ 40), la Cour considère que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir une telle reconnaissance n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 46). Le droit national doit offrir une telle possibilité de reconnaissance, comme il doit d'ailleurs le faire, *a fortiori*, lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention (§ 47). Toutefois, ce droit de l'enfant ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription à l'état civil de l'acte légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que celle-ci ait lieu dans des condi-

tions garantissant l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre (§ 48–58). Ces conditions ne sont pas remplies en l'état du droit suisse de l'adoption, compte tenu de l'exigence du lien nourricier et de la durée de la procédure. Si on voulait préserver cette option, il faudrait que le législateur suisse adapte le droit de l'adoption à de telles hypothèses. Cependant, même dans un tel cas, il faudrait alors rendre une telle adoption accessible aux couples non mariés si l'on veut éviter une discrimination surgissant entre les parents mariés (devant engager une adoption) et ceux non mariés qui auraient un accès direct à la transcription à l'état civil. A défaut, le Tribunal fédéral sera appelé à revoir sa position en mettant le regard prioritairement sur l'intérêt de l'enfant à établir son lien de filiation avec les deux parents d'intention et d'éviter l'incertitude résultant de l'impossibilité d'établir un tel lien avec l'un de ces parents. Par ailleurs, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'affirmé par la Cour comprend nécessairement l'abandon du contrôle de la compétence « indirecte » selon l'art. 70 qui peut poser, le cas échéant, un obstacle à la reconnaissance incompatible avec le droit de l'enfant à faire établir le lien de filiation créé à l'étranger avec la « mère légal », et ce dans les deux cas, selon que l'enfant est, ou n'est pas, issu des gamètes de celle-ci.

Filiation – Reconnaissance d'enfant de complaisance effectuée à l'étranger – Fraude – Non-reconnaissance en Suisse

Tribunal fédéral, Président de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 13 mars 2019, 5A\_10/2019

Les parents de l'enfant D. née en 2008 en Ukraine d'une mère de la même origine se sont rencontrés pour la première fois en 2010. Ils ont requis la reconnaissance de l'enfant en Suisse en présentant un acte de reconnaissance faite en 2011 en Ukraine, peu après leur mariage. L'autorité de l'état civil du canton de St-Gall le leur refusait au motif que l'acte ne permettait pas de reconnaître la paternité du mari. Celui-ci, de nationalité allemande, s'est alors tourné vers l'état civil allemand, à Singen, de l'autre côté de la frontière, pour obtenir aussitôt ladite reconnaissance. L'acte étant présenté dans le canton de Zurich aux fins de la transcription au registre de l'état civil, cela a été refusé au couple en dernière instance par le Verwaltungsgericht du canton de Zurich. L'affaire étant portée devant le Tribunal fédéral, elle devait se heurter immédiatement au constat d'irrecevabilité en raison du manque de sa motivation, relevé par le Président de la Cour en procédure sommaire. L'arrêt apporte quelques explications sur le fond, afin de fournir néanmoins des éléments de réponse aux recourants. Le point principal est le rejet de la reconnaissance de complaisance faite dans un pays étranger avec lequel la nationalité du mari était le seul lien de rattachement. Sur ce point, on peut certes approuver l'arrêt et la décision zurichoise qui l'a précédé, mais regretter néanmoins qu'aucune comparaison n'a été faite avec l'ATF 130 III 723 ss, qui constatait que le seul lien de nationalité était suffisant pour reconnaître un jugement étranger de paternité. L'affaire est d'autant plus intéressante du fait que la pu-

blication dans l'ATF était amputée d'un passage clé de l'arrêt, toujours disponible sur le site sous la rubrique 5A.12/2003, relevant la déclaration du père qu'il comptait réclamer la nationalité israélienne aux seules fins d'y obtenir le jugement de paternité dont il allait demander la reconnaissance en Suisse afin de participer à la succession de son père (cf. RSDIE 2005 p. 380). Or, même l'état de fait corrigé dans l'édition officielle de cet arrêt aurait dû faire hésiter, en l'espèce, à refuser aussi fermement la reconnaissance de l'acte allemand. S'agissant de l'art. 27 al. 2 lit. c, cette disposition aurait dû être écartée d'emblée pour le simple fait qu'elle ne s'applique pas à des cas d'enregistrement de l'état civil. Le Président de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil évacue également l'argument de l'enfant forcé à rester « sans père » en référence à la jurisprudence sur la gestation pour autrui qui aboutirait à consacrer des enfants avec « un seul parent ». En termes de droits de l'homme, on sait depuis que l'on ne saurait en rester là. Le motif essentiel est le rejet des actes de paternité de pure complaisance ; si on les acceptait, les détournements de l'institution de la reconnaissance d'enfant deviendraient incontrôlables.

Enlèvement d'enfant – Non-retour de l'enfant au Portugal après avoir passé des vacances en Suisse auprès de son père – Demande de retour présentée par la mère un an plus tard – Convention de La Haye de 1980 – Calcul du délai d'un an

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 31 juillet 2018, 5A\_576/2018

Le point extraordinaire dans ce cas est le dépôt de la demande de retour exactement au terme du délai d'un an selon l'art. 12 al. 1 de la Convention. Le père fondait son argumentation tout d'abord sur l'allégation d'un consentement de la mère à la présence de l'enfant auprès de lui (art. 13 al. 1 lit. a). L'Obergericht d'Argovie, puis le Tribunal fédéral, n'ont pas été convaincus ; la copie d'un prétendu accord des parents était d'une origine douteuse. L'accord de la mère à la présence de l'enfant au-delà du délai fixé au 23 avril 2017 était d'autant plus suspect du fait qu'elle avait adressé, le 5 juin 2017 déjà, une demande de retour à l'Autorité centrale du Portugal (c. 3.3). La suite donnée à cette demande n'est pas expliquée dans l'arrêt pour lequel le point de départ du procès en Suisse est le 24 avril 2018, lorsque l'Obergericht recevait la demande en retour de la mère qui l'avait mise à la poste le jour précédent. Le *dies a quo* devait être le 24 avril 2017, étant donné que le délai d'un an de l'art. 12 al. 1 court « à partir du déplacement ou du non-retour » ; or, le 23 avril, le père avait encore le droit à la présence de l'enfant (c. 4.3.1). La seconde question était celle du *dies ad quem*. Elle était animée par une légère ambiguïté de la disposition citée, se référant à « une période de moins d'un an ». Le père voulait en profiter pour soutenir que l'échéance devait se situer juste avant le 23 avril 2018, et non le 24 avril qui correspond à la durée accomplie d'une année. L'interprétation autonome de l'alinéa 1 de l'art. 12 doit cependant être faite en combinaison avec l'alinéa 2 qui parle d'une saisine du tribunal « après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent ». Les mots

« moins d'un an » veulent donc dire: un an accompli (c. 4.3.2). En référence à l'art. 142 al. 2 CPC, le délai devait expirer le jour du dernier mois correspondant au jour où il a commencé à courir, soit le 24 avril 2018 (c. 4.3.3). Il n'était ainsi pas nécessaire de répondre à la question de savoir si le jour de la remise à la poste n'aurait pas été suffisant. L'enfant devait ainsi retourner au Portugal auprès de sa mère dans des circonstances ne révélant aucun danger au regard de l'art. 13 al. 1 lit. b. Le Tribunal fédéral a pris soin de confirmer également les modalités d'une exécution du retour par l'autorité à titre subsidiaire, telles qu'elles avaient été arrêtées par l'Obergericht.

Enlèvement d'enfant de la Thaïlande en Suisse – Procédure pénale pour abus sexuels en cours en Suisse – Renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle examine les conditions de l'art. 5 LF-EEA en vue de l'hypothèse d'un retour de la mère et de l'enfant en Thaïlande

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 24 avril 2019, 5A\_162/2019

La longueur exceptionnelle de l'arrêt s'explique par les questions très délicates dont on ne pouvait pas détourner le regard nonobstant le caractère relativement sommaire de la procédure d'enlèvement. Le couple, marié en 2009, formé par un ressortissant français et une Suisseuse, a eu une fille née en 2012 en France. Dès la naissance, les difficultés conjugales se sont manifestées, causées essentiellement par la violence du mari. La vie conjugale était émaillée de mesures protectrices de l'union conjugale. Un séjour en Thaïlande, qui devait calmer les esprits, ne s'est pas révélé propice au rapprochement, si bien que les époux ont vécu séparément pendant deux ans, l'enfant étant sous leur garde alternée. Une procédure de divorce initiée en Thaïlande n'a pas été menée à son terme, la mère et sa fille quittant la Thaïlande pour la Suisse fin avril 2018. Le 20 mai 2018, une demande en divorce a été intentée dans le canton de Vaud. Puis, le 23 août 2018, le père a déposé devant la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal de Vaud une requête tendant au retour de l'enfant en Thaïlande, tandis que la mère a déposé plainte pénale pour des attouchements sexuels que le père aurait commis sur l'enfant en Thaïlande. Le juge instructeur a désigné un curateur à l'enfant ainsi que le dépôt des papiers de la mère et de l'enfant. Une médiation et une conciliation n'ont pas abouti. Par jugement du 31 janvier 2019, la Chambre des curatelles a rejeté la requête en retour formée par le père de l'enfant et levé les mesures de protection qui avaient été ordonnées. La cour cantonale a estimé qu'il n'était pas possible, en l'état des procédures, de faire abstraction des accusations d'abus sexuels et de maltraitance formulées par l'enfant à l'encontre de son père. Au demeurant, rien n'indiquait que l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant serait en mesure de protéger celle-ci en cas de retour en Thaïlande. L'enfant serait donc en danger dans son développement en cas de retour dans ce pays. Le recourant se plaint de ce que la Cour ne devait pas s'appuyer aussi lourdement sur la procédure pénale qui n'était pas close et dont il était certes l'objet, mais ce en étant au bénéfice de la présomption d'innocence. Le discours de l'enfant était problématique du fait de son jeune âge. Quant au

raisonnement juridique de l'arrêt cantonal, la Cour n'aurait pas examiné la possibilité d'un éventuel retour de la mère avec l'enfant en Thaïlande. Le Tribunal fédéral reprend l'examen au regard de l'art. 5 LF-EEA (c. 6.2). L'enjeu était le poids à accorder à la procédure pénale ouverte à l'encontre du recourant. L'état d'avancement de cette procédure était incertain. Bien que les déclarations de l'enfant paraissaient sereines et précises, les circonstances de l'ouverture de la procédure, le jour même du dépôt de la requête en retour, paraissaient déconcertantes, ce d'autant que les soupçons d'abus sexuels n'avaient pas été exprimés lors du séjour de la mère et de l'enfant en Thaïlande. Si les abus dont le père était accusé devaient s'avérer fondés, il ne fait aucun doute que le retour de l'enfant en Thaïlande placerait l'enfant dans une situation de danger intolérable. Cependant, en l'état de la procédure, on n'est pas encore arrivé à ce stade. L'autorité cantonale aurait donc dû examiner, en vertu de l'art. 5 lit. b et c LF-EEA, si la mère était en mesure de prendre soin de l'enfant dans le pays requérant et que l'on pourrait l'exiger d'elle, voire examiner l'éventualité d'un placement auprès de tiers (c. 6.3). Certes, il n'est nullement nécessaire que la mère et l'enfant s'installent à proximité du père. A ce principe conforme à une jurisprudence constante, on ajoutera cependant que même en vivant dans un lieu éloigné du domicile du père, le danger n'est pas toujours écarté en cas d'abus sexuels, étant donné que le père pourrait en commettre même lors de l'exercice d'un droit de visite. Ce dernier point doit donc être également examiné. La situation de la mère ne correspondait pas à l'une des hypothèses dans lesquelles le retour ne peut être exigé d'elle. En effet, elle ne s'expose pas à une mise en détention en Thaïlande et elle n'a pas noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage (c. 6.2 et 6.3).

Transfert de la résidence de l'enfant aux Etats-Unis – Garde alternée en Suisse – Autorisation donnée au père devenu seul titulaire du droit de garde – Volonté de l'enfant de 12 ans

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 1<sup>er</sup> février 2019, 5A\_1013/2018

L'arrêt est intéressant au regard du repère historique dans une affaire d'enlèvement qui a marqué la jurisprudence d'il y a une dizaine d'années. On se bornera à y renvoyer. L'arrêt du 16 avril 2009 (5A\_105/2009, RSDIE 2012 p. 301–319, suivi d'un autre, du 7 décembre 2009, 5A\_721/2009) a été considéré comme un modèle pour la pratique future, en raison de l'initiative prise par le juge instructeur du Tribunal fédéral de contacter le juge américain saisi du litige sur le droit de garde afin qu'il aménage les mesures prises de telle manière qu'en cas de retour, le risque de danger au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de La Haye de 1980 soit levé. Cela fut fait et la mère condamnée à rapatrier son fils aux Etats-Unis. Finalement, en 2011, un accord fut conclu, sous la bonne garde du juge américain, prévoyant le retour de la famille en Suisse, ce y compris le père qui s'installait dans la même commune afin de conserver ses relations personnelles avec l'enfant. Au bout d'un peu moins de 10 ans, la situation s'est retournée. Le fils du couple entretenait une excellente relation avec son père

et souhaitait le suivre dans son désir de retourner vivre aux Etats-Unis. L'Obergericht de Zurich estimait que du moment que la relation avec la mère était également bonne et que l'enfant vivait dans une situation stable et économiquement quelque peu plus solide que celle qui l'attendait aux Etats-Unis, il était préférable de ne pas le confronter aux difficultés de l'assimilation dans cet autre pays (c. 2). Cependant, le Tribunal fédéral suivait l'avis de l'expert et jugeait que la maturité de l'enfant et sa volonté de suivre son père qui était déjà retourné en Amérique en juillet 2018, devaient l'emporter sur le handicap de devoir s'adapter à une nouvelle vie, qui était d'autant moins important compte tenu de sa connaissance de la langue anglaise et de son attachement à son père (c. 3). La garde alternée ne permettait pas de désigner l'un des parents en tant que principale personne de référence (c. 4). L'arrêt tire l'analogie avec le respect de la volonté d'enfants du même âge dans les cas d'enlèvement, incluant dans son analyse l'avis exprimé par l'enfant de manière constante, ferme et sans ambiguïté de vouloir vivre auprès de son père (c. 5). On saluera donc l'issue positive dans la vie de cet enfant. En revanche, on regrettera que l'innovation créée par l'arrêt du 16 avril 2009 n'ait pas servi de modèle, malgré sa consécration dans l'art. 10 LF-EEA. Le Tribunal fédéral n'y songe pas. Il peut se le permettre, car il n'y a pas d'instance pour le corriger, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est simplement ignorée.

